

## CAPITOLO I

### LINEAMENTI GENERALI

SOMMARIO: 1. Economia di mercato e libertà di concorrenza. – 2. Gli interessi tutelati dalle legislazioni *antitrust*. – 3. I modelli di mercato: il parametro della concorrenza “*workable*”. – 4. *Segue*: La teoria del “mercato contendibile”. – 5. I correttivi ai divieti legislativi. – 6. *Segue*: Nel diritto comunitario (le deroghe ai divieti di cui all’art. 101, § 3, del Trattato FUE) e nel diritto interno (l’art. 4 della l. n. 287/1990). – 7. Diritto comunitario e diritto nazionale: la coesistenza fra i due ordinamenti. – Nota bibliografica. – Indice cronologico delle decisioni citate.

#### 1. *Economia di mercato e libertà di concorrenza*

Secondo i teorici dell’economia classica, la libertà d’iniziativa economica, e quella di concorrenza che ne costituisce l’implicito risvolto, rappresentano insopprimibili fattori di progresso economico e tecnologico.

La concorrenza e il mercato

In un sistema di libero mercato, la libera concorrenza ha il compito essenziale d’indurre i protagonisti del processo produttivo (produttori) a compiere ogni sforzo per introdurre innovazioni idonee a rendere possibili la riduzione dei costi e il miglioramento della qualità dei prodotti e dei servizi offerti; essa ha altresì la funzione di escludere dal mercato le unità produttive inefficienti e marginali; di promuovere la differenziazione dei prodotti, arricchendo le alternative disponibili al consumatore; di evitare la concentrazione permanente di potere economico, favorendo l’accesso al mercato e l’affermazione degli operatori più capaci e efficienti.

Funzioni

Allorché invece il libero gioco della gara economica viene ostacolato o soppresso, gli imprenditori che restano sul mercato si vedono garantite rendite monopolistiche a scapito dell’efficienza complessiva del sistema e a detrimento dei consumatori, che vengono

Il monopolio

privati dei vantaggi loro derivanti dall'esistenza di un regime concorrenziale.

L'economia  
di mercato

È su questi elementari postulati che si fonda ogni coerente adesione al sistema economico di mercato, il quale, al contrario delle economie pianificate – ove tutte le scelte si formano e vengono attuate per vie burocratiche – si affida a meccanismi decentrati di “decisione”, in virtù dei quali ciascuna opzione relativa a “che cosa”, “come”, “dove” e “quanto” produrre è il risultato della somma di un numero imprecisato di libere scelte individuali, rispettivamente di produttori e di consumatori.

Sotto il profilo economico la concorrenza viene considerata il meccanismo che consente il libero trasferimento di risorse produttive da un settore all'altro dell'attività economica in funzione della differente convenienza delle opzioni di utilizzo disponibili: in questo senso si dice anche che la concorrenza promuove l'efficienza allocativa.

Le involu-  
zioni anti-  
concorren-  
ziali del  
mercato

Non può tuttavia prescindersi, per quanti meriti si vogliono attribuire al sistema descritto, dalla considerazione, in vario modo percepita dai vari ordinamenti a livello legislativo, che il libero esplicarsi delle forze economiche, se affidato semplicemente a se stesso, non soltanto è incapace di garantire la compatibilità dello sviluppo con talune ineludibili istanze di ordine sociale (e si valuti, in proposito, il richiamo dell'art. 41 Cost. all'utilità sociale, affiancata al principio della libertà di iniziativa economica), ma non è neppure in grado di evitare involuzioni anticoncorrenziali del mercato, garantendo la sopravvivenza (costantemente minacciata dal formarsi di oligopoli e monopoli) del pluralismo economico da cui dipende il funzionamento del sistema.

Le leggi  
antimono-  
polistiche

All'origine di ogni legislazione antimonopolistica vi è dunque la consapevolezza dell'inevitabile insufficienza dei meccanismi correttivi spontanei del mercato a scongiurare possibili effetti distorsivi dello stesso. Il nostro legislatore, com'è noto, è giunto al non più rinviabile appuntamento con la legge contro i monopoli (l. 10 ottobre 1990, n. 287) in ritardo di un secolo esatto rispetto agli Stati Uniti d'America (*Sherman Antitrust Act* del 1890) e di alcuni decenni rispetto alle corrispondenti norme comunitarie e di gran parte degli altri Paesi europei.

## 2. Gli interessi tutelati dalle legislazioni antitrust

Il movimento d'opinione cui si deve l'emanazione della prima legge nord-americana contro i monopoli fu l'espressione di un diffuso malessere che traeva origine dalle profonde trasformazioni del contesto economico e sociale già manifestatesi all'indomani della guerra civile (1861-1865). A tali mutamenti veniva imputato di avere prodotto fenomeni negativamente percepiti, quali le prevaricazioni delle grandi concentrazioni economiche e la soppressione di quella "uguaglianza delle opportunità" profondamente radicata a livello di coscienza collettiva.

L'*antitrust*  
nord-  
americano

Difficile dire quanto sopravviva oggi dell'antico spirito (in seguito definito "democratico" e "populista") che fu all'origine delle prime, e tuttora fondamentali, leggi antimonopolistiche degli Stati Uniti (leggi *antitrust*, secondo la terminologia adottata in quel paese). Fatto si è che restano ancora attuali le formulazioni che intendono le norme a tutela del mercato come strumento essenziale di "democrazia economica" e come tali dirette a consentire l'attiva partecipazione di tutti gli individui, imprenditori e consumatori, nella ricerca del loro benessere. L'*antitrust* viene, dunque, considerato uno strumento indispensabile del processo democratico, allo sviluppo del quale tutti i cittadini sono chiamati a partecipare.

Lo spirito  
originario

La sua funzione essenziale, secondo questa tesi, è quella di promuovere la concorrenza, avendo di mira la difesa dei contraenti più deboli, individuati sia nelle imprese di piccole-medie dimensioni, sia nei consumatori (AMATO<sup>2</sup>, 93).

In effetti, se si ha riguardo agli sforzi compiuti per identificare gli obiettivi (e cioè gli interessi) sottesi al complesso delle disposizioni *antitrust*, è riscontrabile una sostanziale uniformità di opinioni nell'additare il "benessere del consumatore" (*consumer welfare*), sia pure spesso coniugato con l'efficienza economica (o *allocativa*), come lo scopo primario delle legislazioni antimonopolistiche.

Gli interessi  
tutelati

Senonché, un elemento (la tutela del consumatore) apparentemente unificante si rivela, ad una più attenta analisi, come motivo di radicale dissenso fra i seguaci della scuola economica neoclassica, che si servono dell'analisi economica del diritto (c.d. "scuola di Chicago": Bork, Posner e altri), e coloro che sotto i più vari profili ne contestano i risultati.

La "scuola  
di Chicago"

Rivendicare infatti come esclusiva (o preminente) *ratio* delle nor-

me in esame la finalità di assicurare la massima soddisfazione dell'interesse del consumatore non significa affatto per i sostenitori dell'analisi economica indicare nello stesso consumatore il diretto e finale beneficiario delle norme in parola. Nel significato adottato da quella scuola di pensiero, l'espressione "benessere del consumatore" è da leggersi nel senso di "efficienza globale del sistema economico". Una conseguenza importante è che, secondo questo schema, la struttura concorrenziale del mercato non rappresenta un valore da preservare in assoluto, in quanto in ogni caso apportatrice di benefici alla collettività, bensì uno stato da difendere soltanto in quanto arrechi *effettivi* e riscontrabili vantaggi al sistema economico nel suo complesso.

Il criterio  
della  
"efficienza  
allocativa"

"Efficienza allocativa" diviene dunque un concetto strettamente collegato al benessere della collettività globalmente considerata, a nulla rilevando l'*identità* dei soggetti cui imputare alla fine vantaggi o sacrifici: se una determinata politica della concorrenza – tale è la sostanza del discorso – procura al sistema delle imprese un vantaggio economico complessivo più elevato dell'entità del pregiudizio subito dai consumatori, ebbene questa politica deve ritenersi "efficiente" (altrettanto è da dirsi, ovviamente, ove le due posizioni soggettive si presentino invertite). In questo senso, la scuola di Chicago, e i suoi seguaci europei, possono rivendicare la loro "neutralità" (o indifferenza) rispetto al problema (di *democrazia economica*: RICOLFI, 529) della distribuzione delle risorse, dell'individuazione cioè dei soggetti destinatari del *surplus* di ricchezza prodotta dal sistema: problema questo, se si vuole, di natura politico-sociale, ma non di pertinenza dell'*antitrust*.

Critica

A parte le obiezioni sollevate anche sul piano economico, la critica più stringente mossa all'analisi di Chicago si appunta sulla conclamata indifferenza che essa mostra nei confronti delle istanze politico-sociali sottese alla funzione primaria correntemente attribuita alla legislazione *antitrust*: permettere cioè al consumatore di godere inequivocabilmente dei risultati positivi dovuti ad un sistema concorrenziale. Di tale tesi, allineata con il filone tradizionale dell'*antitrust* nord-americano, è possibile rinvenire precisi riscontri, a livello comunitario e nazionale, nelle dottrine e nelle norme positive che si affidano al paradigma dell'"interesse del consumatore", ritenuto essenziale o comunque rilevante, ai fini della formulazione di una corretta politica del diritto della concorrenza (DENNOZZA, 141).

### 3. I modelli di mercato: il parametro della concorrenza “workable”

Le applicazioni effettuate in concreto del diritto positivo appaiono in una visione retrospettiva il risultato di laboriosi processi interpretativi in cui hanno finito storicamente col prevalere di volta in volta le personali convinzioni circa le finalità perseguite dal legislatore, ma soprattutto circa il contenuto da attribuire al concetto di *concorrenza*.

La nozione di concorrenza

Com'è naturale, i Paesi giunti successivamente al traguardo di una disciplina *antitrust* hanno utilmente fruito dell'evoluzione giuridica e teorica formatasi sull'esperienza legislativa americana; ciò trova conferma nell'adozione, come modello di riferimento, del concetto di *workable competition* (concorrenza “praticabile” o “sostenibile”), sviluppato e in *auge* per decenni nel diritto degli Stati Uniti, e tuttora il più accreditato fra quelli proposti in alternativa al parametro della concorrenza perfetta.

Modelli di riferimento

Appare di tutta evidenza, in questo caso, il vantaggio di avere potuto usufruire in sede comunitaria, e più latamente europea, dei risultati pratici attinti già da tempo negli Stati Uniti, attraverso il filtro di un'evoluzione della teoria economica che, sviluppatasi nel periodo fra le due guerre mondiali, aveva promosso la revisione di talune radicate convinzioni relative alla struttura tipica dei mercati, esercitando una decisa influenza anche sul dibattito giuridico svoltosi intorno alle legislazioni antimonopolistiche.

Com'è noto, la concorrenza è *perfetta* allorché ogni produttore sa che dalle variazioni delle quantità offerte il prezzo non viene influenzato: ciò che avviene soltanto quando il numero degli operatori è *illimitatamente* grande (concorrenza atomistica). È da vedere, a questo punto, se la conservazione di una tale situazione sia sempre e comunque da perseguire ad ogni costo.

La “concorrenza perfetta”

Se i primi interpreti dell'*antitrust* avevano assunto come parametro di valutazione un mercato perfettamente concorrenziale, vi fu dapprima chi, nel periodo fra le due guerre, denunciò come fuorviante la pretesa di vedere nel monopolio una situazione limite rispetto alla normalità della concorrenza: il primo, infatti, e non la seconda – si disse – rappresenta la forma più corretta di analisi del mercato. Si deve poi ai teorici dell'area intermedia fra concorrenza e monopolio (la “concorrenza monopolistica” descritta da Chamberlin e dalla Robinson) di avere definitivamente affrancato l'ana-

La “concorrenza monopolistica”

lisi economica dalle inadeguate (in quanto di raro riscontro nella realtà) categorie della concorrenza perfetta e della singola impresa monopolistica. Da allora il monopolio e l'oligopolio, sostenuti da un'efficace strategia di differenziazione dei prodotti, divennero le categorie più accreditate e largamente usate nel dibattito fra gli economisti.

Monopolio  
e sviluppo  
tecnologico

Di qui la critica mossa da un grande sociologo-economista (SCHUMPETER) alla tradizionale concezione secondo cui *non* deve tenersi conto della *sola* forma di concorrenza basata sui prezzi. La sostanza dinamica del moderno capitalismo, secondo questa tesi, dimostra che l'impulso fondamentale da cui trae alimento il progresso economico proviene dall'introduzione di nuovi beni di consumo, dall'impiego di nuove tecniche produttive e distributive, dalla conquista di nuovi mercati e dalle nuove forme di organizzazione industriale e commerciale. Soltanto l'impresa monopolista, per le sue dimensioni e correlativa capacità economica, è in grado di acquisire e disporre delle tecnologie innovative, che non sono alla portata della gran massa dei concorrenti. Se dunque è la grande impresa monopolistica a promuovere lo sviluppo e, nel lungo periodo, anche la crescita globale del sistema, la conclusione è che le condizioni di una concorrenza perfetta non soltanto sono difficilmente verificabili nella pratica, ma non vantano neppure alcun titolo per proporsi come modello assoluto e desiderabile di ideale efficienza.

L'influenza esercitata da questi argomenti sui successivi sviluppi del dibattito relativo all'applicazione delle leggi *antitrust* non deve essere sottovalutata. Ciò nonostante, economisti e giuristi sono restati prevalentemente più sensibili ai pericoli derivanti dal monopolio che ai vantaggi delle economie di scala e all'importanza di un adeguato stimolo all'innovazione (di cui pur si continua a riconoscere l'esigenza), mantenendosi fedeli ad una "presunzione favorevole alla concorrenza".

L'idea tuttavia secondo la quale i monopoli sono in grado di produrre effetti sia *negativi* sia *positivi* sull'efficienza complessiva del sistema economico fu un seme che veniva a cadere su un terreno culturale in cui da tempo esisteva la consapevolezza che la gara concorrenziale, ancorché volta all'acquisizione di posizioni di monopolio, può comportare non trascurabili vantaggi in termini di efficienza delle imprese e che, di conseguenza, un'inesorabilmente rigida applicazione dei divieti legislativi avrebbe in qualche misura sacrificato detti vantaggi.

Una prima applicazione di tale visione è riscontrabile negli orientamenti di dottrina e giurisprudenza che, scartando i due estremi della concorrenza atomistica e del monopolio, hanno optato per un modello di cosiddetta concorrenza “praticabile” o “sostenibile” (*workable*). Tale modello si proponeva di realizzare le condizioni in cui una riduzione del numero delle imprese operanti sul mercato (a volte riconosciuta come inevitabile o, addirittura, positiva) fosse compatibile con un corretto funzionamento della concorrenza (si veda la decisione della Corte di Giustizia CE in caso *Metro-SABA* del 1977): nulla, beninteso, di assolutamente nuovo rispetto al modello teorico di concorrenza perfetta, quanto piuttosto il tentativo di temperare l’esigenza delle imprese di conseguire la dimensione ottimale ed abbassare i costi con la condizione della permanenza sul mercato di un numero sufficientemente ampio di unità produttive.

La concorrenza  
“*workable*”

#### 4. Segue: *La teoria del “mercato contendibile”*

Se la definitiva affermazione del modello teorico di concorrenza *workable* avrebbe dovuto attendere la pubblicazione nel 1940 di uno scritto dell’economista J.M. Clark, ad uno studio di un altro Clark (J.B.), paradossalmente precedente di oltre mezzo secolo, doveva ispirarsi una teoria successiva che, innestandosi nel filone espresso da alcune punte più spregiudicate della “scuola di Chicago”, avrebbe condotto a conseguenze altrettanto esasperate la concezione secondo cui la presenza in un determinato mercato di un alto grado di concentrazione economica (potere monopolistico) potrebbe non essere incompatibile con un soddisfacente livello di efficienza concorrenziale del mercato stesso.

Come si è visto, il criterio della concorrenza *workable* raccomanda una politica non necessariamente intesa a eliminare tutte le imperfezioni del mercato, poiché queste, almeno se apprezzate nel loro contesto generale, non sono inevitabilmente dannose. La teoria, cui si fa ora riferimento, del “mercato contendibile” – in voga in Italia all’epoca precedente l’emanazione della legge del 1990 – va anche oltre questa valutazione, giungendo a ritenere come possibile l’assoluta compatibilità di un mercato oligo-(o addirittura) monopolistico con risultati perfettamente concorrenziali.

La teoria del  
“mercato  
contendibile”

La concorrenza potenziale

Sulla scorta delle riflessioni formulate dal primo Clark in ordine al concetto di *concorrenza potenziale*, sin dal 1956 Bain aveva invitato a rivolgere l'attenzione all'importanza di un'analisi rivolta a verificare la presenza di barriere all'entrata (e all'uscita) di un mercato come criterio corretto per valutare la pericolosità di un monopolio. Là dove, si è sostenuto, il monopolista risulti sottoposto ad una concorrenza potenziale – alla costante minaccia, cioè, della possibilità dell'ingresso sul mercato di potenziali nuovi concorrenti – il grado di monopolio esistente è irrilevante, in quanto “egli sarà sempre costretto ad osservare comportamenti rigorosamente concorrenziali”. Anche un monopolista operante in una situazione di monopolio “puro” sarà in grado, infatti, di conservare la sua posizione di mercato soltanto impedendo (o scoraggiando) l'ingresso di nuovi rivali con l'adozione di un prezzo del prodotto il più vicino possibile al suo costo marginale (prezzo concorrenziale).

### 5. I correttivi ai divieti legislativi

Le considerazioni di carattere economico svolte sino ad ora hanno influenzato ed influenzano l'interpretazione delle normative *antitrust* in ogni loro aspetto, consentendo di operare articolate mediazioni tra la necessità di applicare i divieti antimonopolistici e la volontà di conseguire alcuni fondamentali obiettivi di politica economica ed industriale.

Concorrenza e concentrazione fra imprese

Ciò si riscontra soprattutto in ambito comunitario dove, ancora sino all'inizio degli anni '80 dello scorso secolo, la politica della concorrenza, assieme all'obiettivo della repressione delle intese e pratiche tendenti alla chiusura del mercato comune lungo le frontiere nazionali, aveva continuato a perseguire lo scopo di favorire la cooperazione e la concentrazione fra imprese, per facilitarne l'adattamento alle nuove dimensioni del mercato ed accrescerne la competitività su scala mondiale, soprattutto a fronte dei colossi multinazionali nord-americani. Quando, in una successiva fase dello sviluppo comunitario, la tendenza delle imprese alla concentrazione apparve eccessiva, gli orientamenti degli organi di controllo divennero più severi per dare infine luogo all'emanazione di misure legislative adeguate (il reg. n. 4064/89/CE e la nostra l. n. 287/1990, art. 5 ss.).

Il bisogno di mettere a punto criteri che consentissero all'interprete di valutare con attenzione gli interessi economici in gioco e di rapportarsi flessibilmente ad ogni caso concreto ha spinto la giuri-



sprudenza ad elaborare alcuni peculiari modelli di analisi impiegati precipuamente nell'applicazione del divieto di intese restrittive, che è uno degli aspetti qualificanti di ogni legislazione *antitrust*.

A questo riguardo, se si mettono a confronto i due contesti americano e comunitario, è possibile riscontrare – pur nella difformità delle formulazioni normative e nella distanza di datazione delle stesse – sintomatiche analogie negli sviluppi.

Mentre il regime *antitrust* degli Stati Uniti appare caratterizzato dalla rigida formulazione delle sue prime e tuttora basilari leggi, quanto al sistema comunitario è stato detto, con riferimento all'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (art. 81 del Trattato CE, in base alla numerazione assunta dall'art. 85 a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam del 1999), che “il principio fondamentale del divieto degli accordi e delle pratiche suscettibili di pregiudicare il commercio tra Stati membri è temperato dalla possibilità di un'esenzione individuale e dall'esistenza di un numero considerevole di esenzioni per categoria” (FRIGNANI e WALBROECK, 23). Per la verità, dette esenzioni e il divieto dell'*abuso* (e non, pertanto, dell'acquisizione) di posizione dominante (art. 102 Trattato FUE, art. 82 Trattato CE, *ex* 86) – per le concentrazioni il discorso è diverso e comunque ispirato a principi ancor più flessibili – giustificano l'affermazione che nel sistema comunitario non esistono, almeno in linea di principio (al contrario, come si vedrà, di quello statunitense), pratiche restrittive di *per se* vietate, in quanto ogni decisione d'illiceità deve essere *ope legis* sottoposta ad una valutazione degli effetti positivi che la pratica in concreto può comportare in termini di “razionalizzazione” della produzione e della distribuzione e di vantaggi per il consumatore.

Ad analoghi criteri s'ispira la l. italiana 10 ottobre 1990, n. 287, della quale si è detto con felice espressione che “è nata in grembo alla normativa comunitaria” (BERNINI, 311).

È, quella rilevata, una flessibilità introdotta per via direttamente legislativa che risulta invece assente dal contesto letterale della sez. 1 dello *Sherman Act* statunitense, che considera *tout court* illecito, senza apparente possibilità di remissione, “ogni contratto, collusione nella forma del *trust*, o cospirazione, restrittivi del commercio fra Stati o con nazioni estere”.

Il rigore evocato dalla norma fece sì che ci si preoccupasse ben presto d'introdurre per via giurisprudenziale correttivi capaci di attutirne la severità dell'impatto.

Modello  
nord-americano e  
comunitario

*Sherman Act*, sez. 1

Clausole  
“meramente  
accessorie”

Risale ad una sentenza emessa verso la fine del secolo XIX il primo tentativo di esonerare dai divieti della legge *Sherman* le clausole secondarie di un contratto avente uno scopo principale pienamente lecito sotto il profilo concorrenziale che, sebbene restrittive della concorrenza, fossero tuttavia qualificabili come “meramente accessorie” (*ancillary*), in quanto necessarie per far conseguire alle parti del rapporto il suo pieno risultato (divieti di concorrenza a carico dell’alienante l’azienda, del lavoratore subordinato, del socio di società personale, ecc.). Obblighi di astensione, come si vede, al cui riconoscimento si era poi pervenuti in altri ordinamenti per via legislativa ordinaria, fuori dell’applicazione di una (spesso inesistente) disciplina *antitrust* (cfr., ad es., gli artt. 2557, 2105 e 2301 del nostro c.c.).

La *rule of  
reason*.  
Origini

Un più decisivo, sebbene indubbiamente più problematico, contributo all’attenuazione della rigidità della legge doveva venire da un’importante decisione del 1918 (caso *Chicago Board of Trade*) in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva avvertito come non fosse ammissibile stabilire l’illiceità di accordi o regolamenti contrattuali sulla base della pura e semplice constatazione che essi importano una limitazione della concorrenza, giacché un qualsivoglia contratto comporta un qualche effetto restrittivo dell’autonomia privata: illecite, al contrario, sarebbero soltanto quelle intese produttive di un’*irragionevole* restrizione della concorrenza. Venne in tal modo ribadito quanto la stessa Corte aveva anticipato alcuni anni prima nel noto caso *Standard Oil* (1911), secondo cui l’intenzione del legislatore non era certo stata quella d’impedire qualsiasi intesa restrittiva, per quanto insignificante o trascurabile essa fosse, bensì di colpire unicamente gli accordi portatori di un’*irragionevole* pregiudizio concorrenziale.

A partire dalle decisioni menzionate, dunque, l’accertamento di una violazione della legge *Sherman* non avrebbe più dovuto limitarsi alla sola verifica della presenza dei due classici presupposti espressamente richiamati dalla sez. 1 – esistenza di una condotta concertata e sua attitudine a compromettere la concorrenza – bensì anche di un terzo elemento destinato, in taluni casi, ad attenuare il rigore della norma: l’*irragionevolezza*.

La *rule of  
reason*.  
Nozione

Si badi bene: sulla base dell’evoluzione, per la verità non sempre lineare ed univoca, della giurisprudenza degli Stati Uniti, il *test* cui si fa riferimento (regola della ragionevolezza o *rule of reason*) non può essere ridotto ad una mera valutazione *quantitativa*, che ammette-

rebbe solo gli accordi di “importanza minore” (o comunque al di sotto di una certa quota di mercato detenuta dalle parti normativamente predeterminata) in quanto comportanti un impatto anti-concorrenziale percepibile come “non significativo” (restrizioni c.d. “bagatellari” o *de minimis*, in ogni caso consentite: v. *infra*, Cap. II, n. 1). Si tratta, più ampiamente, di attribuire agli organi giudicanti il potere largamente discrezionale di stabilire, soppesate tutte le circostanze del caso concreto, se un determinato accordo (pur restrittivo) produca degli effetti pro-concorrenziali (effetti c.d. “redimenti”) tali da compensare il pregiudizio arrecato alla libertà di mercato, contribuendo al suo “miglior funzionamento”.

Allo scopo preciso di evitare, se possibile, i rischi e la complessità di un’indagine delicata, e pertanto non sempre gradita, la stessa giurisprudenza non tardò ad escogitare l’espedito della *per se condemnation* (condanna automatica) che consente di formulare un’indiscutibile presunzione di illiceità nei riguardi di alcune categorie di accordi percepiti come palesemente restrittivi (fissazioni di prezzo, ripartizioni dei mercati, boicottaggi, ecc.), e nel contempo privi di ogni plausibile giustificazione in termini di efficienza economica (o di effetti “pro-concorrenziali”).

Riguardo alle nozioni appena richiamate, precisa ancora la giurisprudenza nord-americana, mentre con riguardo alla prima di esse (*rule of reason*) si richiede un’indagine che “soppesi tutte le circostanze di fatto della controversia allo scopo di stabilire se una certa pratica restrittiva debba considerarsi vietata in quanto imponga un’*irragionevole* restrizione della concorrenza”; al contrario la condanna *per se* si addice soltanto a condotte che appaiono “*prima facie* anticoncorrenziali”. Tali sono gli accordi relativi a comportamenti in ordine ai quali, a causa dei loro effetti pregiudizievoli alla concorrenza e della mancanza di ogni virtù positiva, possa formularsi un’indiscutibile presunzione d’illiceità, senza alcun bisogno di procedere a ulteriori (spesso lunghe e costose) indagini circa i loro effetti dannosi e la presenza di (eventuali) giustificazioni economiche.

Si osservi come questo giudizio d’irredimibilità dei comportamenti menzionati avrebbe rappresentato una costante dei successivi sviluppi dell’*antitrust* nel tempo e nello spazio (cfr., per l’Italia, AGCM, *Relazione annuale*, 2001, 14).

La condanna “*per se*”